

ESTADO DE DERECHO Y SISTEMA DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

LUIS PASARA*

Resumen:

El texto se pregunta por las condiciones que el aparato de justicia latinoamericano ofrece a la consecución efectiva del estado de derecho. En primer lugar, se pasa revista a la herencia de la tradición jurídica latinoamericana, en la que destacan el carácter ajeno de la noción de estado de derecho y la ausencia del juez en el control de juridicidad sobre los actos de gobierno. Se examina la reforma de la justicia como proyecto en buena medida exógeno, proveniente de la instauración del mercado y la reforma del Estado, se revista sus principales logros y las insuficiencias más notorias, discutiéndose el reconocimiento de varios órdenes jurídicos. Finalmente, a partir de la existencia de «ciudadanos de baja intensidad», se impugna la idea de producir una revolución social mediante la reforma de la justicia y se propone circunscribir ésta última a un conjunto de objetivos alcanzables que beneficien directamente al ciudadano usuario.

Palabras clave: Estado de Derecho - Justicia - Reforma Judicial - Ciudadanía

Abstract:

This article explores the conditions offered by the justice system in Latin America to effectively accomplish the Rule of Law. Firstly, it reviews the heritage of the legal tradition in the region, in which the notion of Rule of Law is absent and judges did not practice constitutional and legal review. Justice reform is characterized, to some extent, as an alien project looking for better conditions for a market system in the context of State reform. Its achievements and shortcomings are appraised, and legal pluralism proposals are discussed. Finally, by recognizing the existence of «low intensity citizens» in Latin America the author rejects the idea of making a revolution through justice reform and proposes to constraint the latter to a set of feasible objectives for benefiting the average citizen.

Key words: Government of law - Justice - Judicial Reform - Citizens

* Investigador Ramón y Cajal, Instituto Interuniversitario de Iberoamérica, Universidad de Salamanca – España.

Sumario:

1. La herencia de una tradición jurídica.
2. La reforma como exigencia impuesta.
3. Diversos actores, muchas agendas y una alternativa radical.
4. Logros e incumplimientos de las reformas; los actores.
5. Ciudadanía y justicia; la reforma posible

¿Qué terreno ofrece el sistema de justicia al establecimiento pleno del estado de derecho en América Latina? Aunque no sea posible responder esta pregunta ambiciosa en los límites de este texto, ésta es la interrogante que lo motiva. De allí que su desarrollo se mueva en dos planos: el de la justicia como una pesada realidad problemática, que hace parte de la historia de nuestros países, y el de su reforma, emprendida en las últimas décadas a partir de exigencias provenientes de las necesidades del mercado y la redefinición del rol del Estado.

1. LA HERENCIA DE UNA TRADICIÓN JURÍDICA

La idea de estado de derecho es una idea extraña a la cultura jurídica latinoamericana, entendida ésta como realidad social y no como producto bibliográfico. Si se revisa el lugar del derecho en el Estado colonial¹, debe reconocerse que su administración –delegada por el rey en cargos que en su momento incluso fueron subastados– distó mucho de la tradición anglosajona donde nació y desarrolló la noción de *Rule of Law*. Tampoco las tradiciones indígenas, allí donde existían, eran portadoras de los componentes constitutivos del estado de derecho: normas preestablecidas que estatuyen derechos del ciudadano y un tercero encargado de aplicarlas imparcialmente.

En la cultura jurídica latinoamericana, las gentes de derecho se nutrieron principalmente de una tradición hispano-francesa que en su versión clásica administró justicia como parte del ejercicio del poder y en su versión revolucionaria quiso restringir al juez a ser “boca de la ley”. Como resultado de la herencia colonial, la cultura jurídica propia de los abogados se halla caracterizada por la debilidad de la ley que es acatada formalmente, al tiempo que se preserva en los hechos los privilegios que esa ley proscribía. Binder (2) ha señalado este doble juego, que pone de lado la efectividad social del derecho y pervive en respuesta a las necesidades del autoritarismo y la arbitrariedad prevalecientes, revestidos éstos de legalismo para justificar sus decisiones. La “debilidad selectiva” de la ley se manifiesta en una aplicación irregular y arbitraria y se mantiene a través del formalismo y el ritualismo, según este autor.

Aunque no se cuenta con suficiente base empírica para formular en categorías sólidas una caracterización de la cultura jurídica popular en la región, los resultados de diversos sondeos de opinión y la reiteración de prácticas como los linchamientos sugieren que, en cierta medida, se está cerca del estadio del “ojo por ojo y diente por diente”. Es una formación marcada por la contradicción: de un lado, exhibe una visión altamente impregnada por el legalismo, que busca una y otra vez en la producción de normas la vía de cambiar la realidad y, de otro, confía en la “mano dura” como forma de resolver conflictos. La paradoja subsiste, pese a los importantes niveles de desconfianza hacia el aparato del Estado y el de justicia, en particular (Cuadro 1). América Latina no ha ofrecido un terreno adecuadamente abonado para la noción de estado de derecho. De allí que la justicia haya sido concebida principalmente –tanto por sus operadores como por sus usuarios– como un lugar para resolver pleitos y no como un mecanismo de control sobre el ejercicio del poder. Cobro de deudas, demandas alimenticias, delitos contra la vida y contra el patrimonio, y otros conflictos entre particulares han cargado de trabajo el aparato de la justicia. En cambio, la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de las decisiones administrativas sólo recientemente ha aparecido como un asunto efectivamente concerniente a la justicia; a esto último hay que añadir la observación de que en varios países de la región se ha creído necesario crear una institución distinta al poder judicial –un tribunal constitucional– para hacerse cargo de la tarea, en tácita descalificación de los jueces ordinarios para asumirla.

En América Latina, justicia y poder han mantenido, pues, históricamente una relación, al mismo tiempo, asimétrica y promiscua. Esto es, el aparato de justicia ha sido percibido como “naturalmente” subordinado a otros poderes –tanto legalmente constituidos como fácticos– y esa supeditación ha operado en un terreno apropiado para un intercambio, siempre desigual, de nombramientos por decisiones judiciales. La literatura latinoamericana ilustra de manera vívida esta relación en la que el poder –múltiples poderes, corregiría Foucault– controlan la tarea de la justicia cada vez que les haga falta. En novelas y cuentos la justicia aparece dibujada como un aparato siniestro del que los pobres sólo pueden esperar agravios ⁽³⁾⁴.

2. LA REFORMA COMO EXIGENCIA IMPUESTA

Sólo han transcurrido veinte años desde que se ha empezado a tratar de hacer operativo el concepto de estado de derecho en América Latina. Conocido antes

solamente en los libros, superficialmente estudiado en asignaturas de derecho constitucional, y rara vez asociado a la función judicial, el concepto de estado de derecho ha llegado a la región entre los contenidos de lo que Huntington denominó exitosamente “la tercera ola” de democratización. Y llegó para ser absorbido, como ocurrió y sigue ocurriendo con ideas y nociones importadas al subcontinente, sin un esfuerzo crítico que cotejara los diferentes contextos –el de origen y el receptor– y, al efectuar una depuración, permitiera que el concepto fuera asimilado verdaderamente, esto es, con potencialidad para causar efectos reales y duraderos.

La incorporación de la noción de *Rule of Law* ha sido incentivada por el hecho de que vino con una ola fuerte llegada a la región: la que instauró el mercado y redefinió el papel del Estado. En efecto, la expansión regional de la reforma del sistema de justicia –en la que habría de ubicarse la noción de estado de derecho⁵– no puede ser explicada sin atender al conjunto de reformas que, luego de sucesivas crisis económicas, fueron recetadas a la región por los organismos internacionales, con el activo patrocinio de algunos países desarrollados.

La centralidad adoptada por el mercado, en esa prescripción, fue complementada por un recorte en la actividad del Estado, que debía concentrarse en el desempeño de ciertas funciones encaminadas a permitir que el mercado se desarrollara adecuadamente. Una de ellas es la de administrar justicia de una manera imparcial y previsible, de modo que quienes acuerdan y contratan intercambios cuenten con que en los tribunales se halla un tercero que, independiente y objetivamente, resuelva posibles incumplimientos y diferendos.

Dado el estado de nuestros sistemas de justicia, ese replanteamiento del papel de los jueces requirió pensar el asunto en términos de reforma. En efecto, la historia de estos poderes judiciales no los había preparado para desempeñar el papel exigido. En la trayectoria de muchos de ellos, independencia e imparcialidad no destacan; lo contrario ha sido lo usual, como se comprobó a propósito de las violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en varios países de la región (6). En todos aquellos casos de violaciones masivas de derechos y libertades, la mayoría de los jueces –si no todos– miraron hacia otro lado siempre que de su posible acción habría de derivarse un enfrentamiento con el poder.

Resultó muy claro que, si de la adopción de un nuevo papel se trataba, los jueces no lo harían por su propio impulso. Por el contrario, como se hubo de ver en el curso de los procesos de reforma, los operadores del aparato de justicia padecían una “incapacidad adiestrada” ⁽⁷⁾ para percibir la necesidad de cambio y hacerse cargo del mismo. Refractarios a las acciones de transformación, adherentes al principio de que “las cosas hay que hacerlas como siempre se han hecho”, en jueces y fiscales se ha encontrado una de las principales fuentes de resistencia a la reforma del sistema en la región.

Pese a ello, era preciso emprender una reforma de la justicia que respondiera a las necesidades del mercado y la reforma del Estado. Pero con la exigencia de un nuevo tipo de juez, que se quería independiente para que se desempeñara imparcialmente, coincidieron las demandas de reforma provenientes de otros sectores sociales –como las organizaciones de derechos humanos– que habían tenido menos fuerza para lograr que fueran atendidas. Aunque con contenidos variados, el requerimiento de una reforma se fue generalizando en los diversos países de la región, si bien cada uno ha conocido ese proceso según su propio tiempo político.

En parte, ese desarrollo ha sido apurado por la necesidad, o la ilusión, de controlar el delito a través de un sistema de justicia más eficaz. Con el apoyo decidido de la agencia de cooperación estadounidense (USAID), en dos terceras partes de los países latinoamericanos se ha abierto paso la reforma procesal penal, campo en el que se encuentra la mejor ilustración de la dificultad enfrentada por la reforma de la justicia como consecuencia de prometer más de lo que puede lograrse. En efecto, la reforma –consistente, en lo fundamental, en el paso de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio– fue presentada como un arma eficaz para el combate a la delincuencia, fenómeno que en rigor tiene raíces bastante más complejas que la respuesta a ser encontrada en el aparato represivo ⁽⁸⁾. En los hechos, la reforma muestra, según las evaluaciones disponibles ⁽⁹⁾, resultados discretos que distan mucho de la oferta formulada con su lanzamiento.

3. DIVERSOS ACTORES, MUCHAS AGENDAS Y UNA ALTERNATIVA RADICAL

Focalizada en el ramo penal, activa en materia comercial, con incursiones en asuntos de familia y otros ramos, la reforma del sistema de justicia se ha abierto paso en la mayor parte de América Latina. En el marco del proceso de cambio

han aparecido varios actores. Mujeres, indígenas y diversos grupos defensores de intereses colectivos –desde medio ambiente hasta enfermos de sida– han decidido usar el terreno de lo judicial para llevar adelante sus demandas ⁽¹⁰⁾. Las cortes de países como Costa Rica, Brasil y Colombia han respondido positivamente a esos planteamientos. Algunos tribunales constitucionales, como el peruano y el colombiano, también han innovado jurisprudencialmente y han ejercido satisfactoriamente la postergada función judicial de control del ejercicio del poder según la constitución y la ley.

Pero, como ha notado Hammergren ⁽¹¹⁾, en las reformas en curso aparecen diversas agendas, en ocasiones portadoras, en un país dado, de objetivos contradictorios. Este hecho, al que eventualmente contribuye en sentido negativo el factor de la cooperación internacional, hace que lo que debiera ser un proceso sostenido y de largo alcance –compartido por diversos sectores políticos y sociales, dotado de una continuidad que supere la duración de un ministro, una corte o un gobierno– sea, en los hechos ocurridos en muchos países, una desordenada sucesión o superposición de actividades desplegadas en demasiados frentes, provenientes de proyectos estruendosos y sabotajes silenciosos, afectados todos por marchas y contramarchas, sujetas a intereses menores y circunstancias imprevistas.

Entre los primeros síntomas de fatiga de los esfuerzos por transformar la justicia han aparecido y se han ido fortaleciendo diversas vías de evitamiento del aparato judicial. Legales unas e ilegales otras, desde el arbitraje internacional hasta el linchamiento, estas otras formas de solución de conflictos son utilizadas por diversos actores sociales que recurren a ellas en procura de eficacia – sanciones efectivas– y eficiencia –costos económicos menores y plazos de resolución breves–.

En ese marco ha aparecido y se halla en crecimiento la propuesta indigenista que ha adoptado la fórmula académica conocida como “pluralismo jurídico”. Aunque en esta corriente se hallan diversas tendencias y propuestas, éstas comparten esencialmente dos aspectos. Primero, una invitación a comprobar que en una sociedad determinada existe más de un orden normativo, como consecuencia de la subsistencia de usos y costumbres tradicionales; y, segundo, una propuesta de reconocer a tales normas tradicionales un valor equivalente al del orden jurídico estatal. Con matices, las constituciones de Colombia, Ecuador y Perú han incorporado fórmulas de este reconocimiento. Pero es en Bolivia donde actualmente una asamblea constituyente discute la propuesta más radical de

este tipo, según la cual las autoridades indígenas recibirían total autonomía para administrar justicia, sin que sus decisiones pudieran ser revisadas, ni en materia de constitucionalidad, por los tribunales de la justicia ordinaria¹².

El reconocimiento de normas tradicionales y de autoridades con autonomía para aplicarlas se basa, en alguna medida, en el fracaso del Estado-nación en América Latina. Sin embargo, la cuestión a debatir –y que trasciende el marco de la reforma de la justicia– es el significado de tal reconocimiento para el estado de derecho. Pese a que las normas constitucionales y la jurisprudencia han puesto como límite de tal reconocimiento los propios de los derechos humanos, la generación de estas decisiones de cumplimiento obligatorio –cuyo contenido contradice eventualmente el correspondiente al resto del orden jurídico nacional– implica para el estado de derecho la conformación de un ámbito nuevo, en el que conflictos similares están destinados a ser resueltos en el país de manera distinta, según las partes pertenezcan o no a un medio indígena. De otra parte, dado que, como se ha observado al comienzo, el estado de derecho –incluidos sus contenidos de derechos fundamentales– no es una noción propia de los órdenes normativos precolombinos, el desenvolvimiento de estas nuevas fórmulas correspondientes al “pluralismo jurídico” plantea interrogantes que adquieren gravedad a la luz de hechos reveladores de una cultura jurídica popular que, como se sugirió antes, se halla en el estado del “ojo por ojo”¹³.

4. LOGROS E INCUMPLIMIENTOS DE LAS REFORMAS; LOS ACTORES

Como se ha señalado, los logros son desiguales en la región e incluso en cada país se detecta avances en sólo determinados ámbitos. En los casos más avanzados de reforma, las discontinuidades en los cambios introducidos parecen conformar un archipiélago que no puede ser asociado a la noción de un proceso integral de transformación.

Si se examina los resultados en las tres áreas que usualmente son reconocidas como las correspondientes a los proyectos de reforma (acceso, independencia y eficiencia), los logros parecen estar mejor definidos en materia de independencia judicial (¹⁴) y eficiencia tribunalicia (¹⁵). En cambio, el acceso ciudadano, en condiciones de igualdad, sigue siendo una asignatura pendiente en la reforma (¹⁶).

Es esencial a la noción de estado de derecho la existencia de un juez efectivamente imparcial para resolver el conflicto que le es sometido. Buena parte de las reformas

Llevadas a cabo en la región se han dirigido, de manera directa o indirecta, a este objetivo. En particular, las modificaciones introducidas en los mecanismos de designación y nombramiento de jueces y magistrados, han buscado eliminar o recortar la intervención de los poderes ejecutivo y legislativo en ellos. La creación de consejos de la judicatura o la magistratura, con participación de representantes de diversos sectores, no ha sido una solución mágica pero, si bien no ha logrado despolitizar o “despartidizar” totalmente los nombramientos judiciales, cuando menos ha introducido en este proceso elementos objetivos que medien la selección, haciendo que el favor político y la relación de patronazgo resulten insuficientes para ser nombrado en un cargo judicial.

Se requiere –en este aspecto, como en otros– estudios empíricos que identifiquen los resultados obtenidos¹⁷. Pero la aparición, en diversos países, de jueces y fiscales¹⁸ disidentes –que muestran un mayor grado de independencia respecto de los criterios jurisprudenciales predominantes en las cúpulas judiciales– es un importante signo de cambio¹⁹ que no puede ser desligado de la alteración introducida en las formas de nombramiento.

No obstante, parece haberse avanzado mucho menos en materia de la llamada independencia interna, esto es, las relaciones de dependencia existentes en el interior de las instituciones, que sujetan silenciosamente al juez y al fiscal de jerarquía menor a los criterios –y, en ciertos casos, a los dictados– de aquéllos cuyo mejor posicionamiento los habilita para “premiar” o “castigar” a otros. Aunque se ha puesto en marcha mecanismos de control interno, esta interferencia en la función parece mantenerse vigente en muchos países.

A asuntos vinculados a la eficiencia del sistema se han dirigido una buena parte de los proyectos –y los recursos– de la reforma. La construcción de inmuebles y las redes informáticas han sido dos de los rubros más trabajados y más costosos. Estas inversiones, preferidas en las agendas confeccionadas por poderes judiciales y ministerios públicos, no siempre han sido programadas para ir de la mano de cambios de fondo en la organización de los tribunales y, menos aún, de la redefinición de trámites y procedimientos. De modo que, en términos de rendimientos efectivos a favor del usuario, la inversión de esos recursos puede no mostrar un saldo favorable. Sin embargo, algo de la modernización ha servido para mejorar condiciones de trabajo, simplificar trámites, permitir un mejor seguimiento de expedientes a través de la informatización y, todavía en pocos países, dar una mayor publicidad a las decisiones judiciales. Todo esto probablemente ha contribuido a aumentar en

algo la transparencia del aparato de justicia. Pero la duración de los procesos – aspecto de señalada importancia para el usuario– se ha reducido sólo en algunos casos, dado que probablemente este factor depende de cambios en prácticas y comportamientos de los actores a lo largo del proceso, que aún se mantienen lejanos.

Desde el punto de vista ciudadano, es en materia de acceso donde probablemente se percibe, primero y con más énfasis, las subsistentes falencias del sistema de justicia. Según países, los obstáculos al acceso van desde la inaccesibilidad territorial hasta el costo de pagar un abogado eficaz en una región donde más de 40% de la población es pobre.

Una vez ganado el acceso físico, se trata de que éste opere en condiciones de igualdad para todos. La igualdad ante la ley tropieza con las manifiestas desigualdades prevalecientes en la región –la más desigual del mundo– y el resultado es que las múltiples formas de discriminación socialmente vigentes contaminan el funcionamiento del aparato de justicia. Frente a esta realidad, los múltiples proyectos reformistas han mostrado sus inherentes limitaciones, haciendo de este ámbito aquél en el que se revela mejor el peso que las características de la organización social acarrearán sobre la calidad de la justicia efectivamente disponible.

En el esfuerzo por mejorar las formas de acceso, se ha ampliado un campo importante a formas de justicia no estatal, lo que constituye una transformación silenciosa de la definición misma de administración de justicia. En efecto, la promoción del arbitraje y la expansión de conciliación y mediación –en algunos países, con carácter obligatorio–, al lado del reconocimiento de formas de justicia local, han acabado en los hechos con el monopolio estatal de la provisión de soluciones a conflictos en principio judicializables. No obstante las ventajas que esta redefinición trae, cabe una interrogante desde la perspectiva de su significado para el estado de derecho: ¿qué rasgos y qué calidad tiene la justicia que se administra en esos mecanismos alternativos de resolución de conflictos? Se sabe poco sobre los aspectos cualitativos de las resoluciones que en ellos se producen y, en consecuencia, acerca de la manera en que allí se incorpora la cuestión de la igualdad y, en definitiva, el reconocimiento efectivo de los derechos del ciudadano.

Esta preocupación se halla ligada a un asunto mayor: el papel del Estado en la resolución de conflictos sociales. Si bien las reformas “de segunda generación”

situaron al juez como un personaje clave, principalmente para resolver diferendos contractuales, no se ha definido qué conflictos sociales deben ser resueltos exclusivamente por el Estado, a fin de garantizar para ellos soluciones que atiendan al interés público. La “eficacia” de los medios alternativos de resolución de conflictos no debería desenvolverse, pues, a costa de una ausencia del representante del interés común que, pese a las graves deficiencias conocidas, sigue siendo el Estado.

En un balance de la reforma debe destacarse que en cada país se ha producido, alrededor de la reforma del sistema de justicia, una composición de fuerzas específica de actores internos y externos. En algunos casos, la reforma ha sido puesta en la agenda pública por actores internacionales que incluso han condicionado la ayuda financiera al país a la puesta en práctica de determinadas medidas ⁽²⁰⁾. En cambio, en otros, como es el caso de Costa Rica, el impulso endógeno ha sido el decisivo. La presencia de actores nacionales fuertemente comprometidos con la reforma aparece como un factor relevante tanto en la marcha del proceso como en la adecuación efectiva de los contenidos reformistas a las necesidades y circunstancias nacionales.

Esa presencia nacional en los procesos de reforma se ha expresado tanto a través de protagonistas locales como de la vigilancia social sobre la materia que, no obstante haber sido creciente, no es todavía la necesaria. La exigencia de este factor procede del hecho de que jueces, fiscales, abogados y políticos, mayoritariamente, no están comprometidos con el cambio; en rigor, de los actores del propio sistema de justicia proceden las mayores resistencias. Algunos no sólo no están interesados sino que, peor aún, intuyen que no les conviene. De allí que sea preciso contar con una demanda social potente para que la reforma sea posible.

Así lo prueban múltiples experiencias latinoamericanas. La atención puesta por sectores de opinión sobre el nombramiento de jueces hizo posible en Argentina, República Dominicana o Guatemala, por ejemplo, que los políticos no manejaran el asunto como propio sino que tuvieran que ventilarlo públicamente y justificaran sus decisiones. La atención de los medios de comunicación y la reacción de diversos grupos organizados –desde ONG hasta asociaciones empresariales– logró impedir, parcialmente, que se consumara recientemente en el Perú el nombramiento en el Tribunal Constitucional de varios candidatos manifiestamente carentes de idoneidad. Es claro que no se tendrá una justicia mejor en América Latina mientras el

beneficiario principal del cambio, que es el ciudadano, no se organice para exigirla y vigilar su reforma.

5. CIUDADANÍA Y JUSTICIA; LA REFORMA POSIBLE

No hay democracia ni estado de derecho sin ciudadanos. La esencia de esa relación fue puesta en relieve en la definición de ciudadanía producida por Marshall: “un sentido directo de pertenencia a una comunidad, con base en la lealtad a una civilización que es compartida. Es una lealtad de hombres libres dotados de derechos que son protegidos por un orden legal común a ellos” (21). El ciudadano, agente fundador del estado de derecho, es un hombre libre a cuya “condición corresponde inseparablemente la igualdad ante la ley” (22), entendida no sólo como formulación legal sino como un conjunto de prácticas efectivas, regidas por derechos y obligaciones susceptibles de ser coactivamente exigidos (23). La vía para exigirlos y reconocerlos, en su momento, es la administración de justicia.

Nada de eso ha sido –y, en alguna medida, es– realidad en América Latina, donde los países fueron conformados jurídicamente en el siglo XIX sobre la base de lo que Escalante (24) llamó “ciudadanos imaginarios”; esto es, la proclamación de la condición de ciudadanos por un orden legal que, en los hechos, operaba, más bien, como un orden político que “descansaba sobre la eficaz gestión de la desigualdad” (25). Como observó Octavio Paz (26) para el caso mexicano, “La ideología liberal y democrática, lejos de expresar nuestra situación histórica concreta, la ocultaba”. Eso fue lo que hicieron constituciones y códigos, inspirados en grandes principios jurídicos, rutinariamente importados, que guardaban poca o ninguna relación con la realidad.

La falta de reconocimiento efectivo de derechos y obligaciones ha venido a constituir aquello que se ha denominado “ciudadanía de baja intensidad” (27), correspondiente a individuos que padecen de determinado nivel de “pobreza legal” –no exactamente equivalente a la pobreza²⁸–, que los inhabilita para comparecer en condiciones de igualdad ante el sistema jurídico, dadas su incomprensión del orden normativo y del funcionamiento de sus instituciones, su dificultad para pagar un abogado que les preste un servicio profesional eficiente y su carencia de otros recursos para acceder al sistema y obtener de él un resultado favorable. Si se toma en cuenta el hecho de que en muchos países de la región estos ciudadanos legalmente pobres son mayoría entre la población, se comprende el tamaño del desafío de alcanzar una justicia significativamente

distinta a la que se ha tenido en América Latina. Estamos ante un límite severo que difícilmente puede ser superado a través de reformas atingentes al aparato de justicia.

Esto significa que, contrariamente a lo que se escucha en las justificaciones y promesas de las reformas judiciales, no es posible una revolución a través del cambio de la justicia. Esto es, el carácter de las relaciones sociales existentes podrá ser alterado por otro tipo de procesos, pero sólo será marginalmente afectado por cambios introducidos en el aparato de justicia. La esfera propia de ésta se circunscribe a la resolución de conflictos particulares y la vigilancia de que la tarea de gobernar sea cumplida dentro de los límites del orden normativo vigente. El desempeño cabal de esta segunda responsabilidad, que compete plenamente a la función judicial, puede provocar alteraciones políticas de envergadura en muchos países. Pero, en rigor, no se encamina a una transformación radical de las condiciones sociales existentes.

Esta suerte de restricción, que aquí se propone en nombre del realismo, es ciertamente discutible, y no es aceptable por aquellas por posiciones que plantean, en cambio, la necesidad de que los jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social. En parte, esta propuesta corresponde al llamado “activismo judicial” que puede ser distinguido de la ideología judicial tradicional en tres aspectos: (i) una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; (ii) una preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto real que trasciende la formulación legal del mismo; y (iii) el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto para atacar el problema social correspondiente, mediante la formulación de políticas de Estado que no han sido establecidas por Ejecutivo y Legislativo.

Si bien la adopción de las dos primeras de estas tres vías es indispensable en la redefinición del papel del juez, la tercera constituye un camino estrecho y resbaloso, para recorrer el cual el operador judicial no se encuentra especialmente preparado. En razón de esto es que la justicia no parece ser el lugar más adecuado para resolver problemas sociales que el Estado no encara eficientemente, como la delincuencia, o para diseñar políticas que los gobiernos postergan, como la cuestión de la vivienda. La ineptitud de legisladores y gobiernos no puede ser remediada por jueces activistas.

Si bien es necesario comprender el problema de la justicia en términos macrosociales, y en especial políticos, no puede esperarse que, al encarar la

reforma, esas condiciones sean transformadas. La justicia sí es el lugar para el reconocimiento del ciudadano en sus derechos fundamentales y eso pasa por encarar los problemas de acceso en condiciones de igualdad, que siguen planteando el mayor desafío a la justicia.

Lo que hoy requiere la justicia latinoamericana es que se defina con precisión qué puede ser alcanzado a través de su reforma. Quizá suene modesto limitar la agenda a aquello que es factible, pero no es poco. No se trata de exigir a la justicia que resuelva los problemas que no han sido asumidos por otros agentes estatales, y a quienes debe pedirse cuentas donde corresponde. Se trata de que la justicia haga mejor aquello que ha hecho deficientemente. Y ésa es ya una propuesta ambiciosa.

Se necesita acotar el campo de la reforma en torno a objetivos concretos, a ser alcanzados en plazos razonables. Jueces elegidos sobre la base de los méritos de los candidatos, en concursos transparentes. Procedimientos simplificados en los que el juez asuma la dirección efectiva del proceso. Fiscales que concentren su actuación en los casos más dañosos socialmente y privilegien la persecución del crimen organizado. Tribunales organizados de manera accesible al usuario. Información y educación para que el ciudadano, desde la escuela, cuente con una idea esencial de sus derechos y obligaciones, y acerca de cómo funciona el sistema de justicia. Son éstas algunas de las metas que el sistema de justicia debe alcanzar. De otro modo, no sólo seguirá siendo objeto de rechazo sino que, al ampliarse la tendencia a evitarlo, se convertirá en un actor secundario. Esta desembocadura sería negativa para la implantación del estado de derecho en América Latina.

Pero acotar la reforma a aquello que es factible y corresponde al terreno de la justicia no equivale a encerrarla en un paquete de proyectos técnicos que, como ha ocurrido, ignoren el objetivo fundamental que persigue una justicia distinta a la que se ha padecido, y padece en buena medida, en la región. Esa orientación ha prevalecido en numerosas iniciativas, limitadas a modernizar medios de trabajo sin preguntarse si tales mejoras traerán o no beneficios efectivos al ciudadano que es usuario del servicio de justicia. Este último es el criterio que debería presidir la aceptación de cualquier proyecto concreto de reforma. El reconocimiento del ciudadano en el sistema y el robustecimiento del estado de derecho deben ser la meta de la reforma, no en los discursos oficiales solamente sino como razón efectiva detrás de cada una de sus acciones.

-
- ¹ Ots Capdequí, J.M. *El Estado español en las Indias*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- ² Binder, A. “La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación”; en Pásara, Luis, ed.; *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- ³ Pásara, L. “La ley en la literatura peruana”; en Pásara, Luis; *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima: Ediciones El Virrey, 1988.
- ⁴ Del lado de los jueces existe algún nivel de corroboración acerca de la existencia de límites impuestos por el poder: una indagación realizada entre jueces centroamericanos en la década de los años noventa halló que muchos de ellos se sentían presionados desde el poder y casi la mitad de los encuestados admitía que lo usual era ceder ante tales presiones (Pásara, Luis. “Jueces y derechos humanos en Centroamérica”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 12 (México), 2002, pp. 199-200).
- ⁵ Al lado de ella, y con más fuerza, llegó la noción de seguridad jurídica, una construcción ideológica que atribuye a leyes inmodificables y decisiones judiciales predecibles –esto es, a la inmovilidad del factor jurídico– la capacidad de convocar a la inversión, en particular la extranjera. Debe notarse que la constante invocación de esta noción por los grupos de interés corre en contra, en cierta medida, de la renovación e innovación en el desempeño de los jueces.
- ⁶ Para el caso de Guatemala, véase Comisión de Esclarecimiento Histórico (Guatemala). *Memoria del silencio*. Guatemala: UNOPS, 1999.
- ⁷ Peña C. “Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena”, ms., 1994?
- ⁸ Pásara L. “Reforma procesal penal y seguridad ciudadana”. *Reforma judicial* 11 (México), 2007, pp. 37-57.
- ⁹ Riego, Cristián. “Informe comparativo. Proyecto Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”. *Sistemas Judiciales*, año 2, no. 3, 2002, pp. 12-58; Riego, Cristián. “Informe comparativo. Tercera etapa”, en Vargas, Juan Enrique Vargas, ed.; *Reformas procesales penales en América Latina: resultados del proceso de seguimiento*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005; Riego, Cristián y Fernando Santelices. “Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina. Segundo informe comparativo”. *Sistemas Judiciales*, año 3, no. 5, 2003, pp. 34-76.
- ¹⁰ Domingo, Pilar. “Relaciones de poder, justicia y nuevos actores”; en Pásara, Luis, ed.; *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- ¹¹ Hammergren, Linn. “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”; en Fuentes Hernández, Alfredo, ed.; *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.
- ¹² A mediados de 2007, el enfrentamiento político que tenía lugar en Bolivia –entre las propuestas radicales del movimiento indigenista y las resistencias activas de sectores altos y medios, principalmente urbanos– reconocía en la administración de justicia uno de sus terrenos principales. La proposición de entregar a las autoridades de “los pueblos originarios” un control absoluto sobre los conflictos que conozca evocaba la formalización de una fractura histórica y daba lugar, junto a otros temas, a una virtual división política del país en mitades.
- ¹³ Aparte de que la venganza pueda motivar la justicia penal, el campo más obvio en el que “usos y costumbres” tradicionales distan mucho del derecho moderno es el correspondiente a los derechos de la mujer.
- ¹⁴ Popkin M. “Fortalecer la independencia judicial”; en Pásara, Luis, ed.; *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ¹⁵ Vargas, J.E. “Eficiencia en la justicia”; en Pásara, Luis, ed.; *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ¹⁶ Fernandino, A. “Acceso a la justicia”; en Pásara, Luis, ed.; *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ¹⁷ Una de las falencias características de los procesos de reforma es la ausencia (o la insuficiencia) de evaluaciones. Como tendencia, los proyectos se ejecutan, en ocasiones con altos costos, sin prestar mayor atención a los resultados producidos. Tratándose de la reforma del sistema de nombramientos, un análisis comparativo de la calidad de los jueces provenientes de los nuevos mecanismos, que la confronte con la de los juzgadores tradicionales, es indispensable. Específicamente, se requiere un examen de las decisiones producidas por unos y otros.
- ¹⁸ Aunque, en términos regionales, la institución del ministerio público no ha producido muchos fiscales rupturistas, en el caso de Brasil sí aparece una corriente importante, caracterizada por la defensa de intereses grupales y la lucha contra la corrupción, entre otros temas (Sadek, Maria Tereza y Rosangela Batista Cavalcanti “The New Brazilian Public Prosecution: An Agent of Accountability”; en Mainwaring, Scott y Christopher Welna, *Democratic Accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003). Las autoras vinculan la disidencia a los sistemas de nombramiento con base en concursos, que han abierto paso a la función a abogados jóvenes de un origen social bajo.

- ¹⁹ Esta faceta del cambio de la justicia se halla en pleno desarrollo. De allí la inconveniencia de pasmar la innovación jurisprudencial mediante la introducción prematura de fórmulas que otorguen carácter vinculante a las decisiones de las cortes supremas, que en general en la región se han mostrado menos aptas para abrir nuevos caminos a la interpretación.
- ²⁰ Para el caso argentino, véase Chavez R. Bill. *The Rule of Law in Nascent Democracies. Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 143.
- ²¹ Marshall, T. H. "Citizenship and Social Class"; en Marshall T. H. y Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class*. London: Pluto Press, 1992, p. 24.
- ²² Bendix R. *Nation-Building and Citizenship. Studies of our Changing Social Order*. New York: John Wiley & Sons, 1964, p. 72.
- ²³ Tilly Ch. "Citizenship, Identity and Social History"; en Tilly, Charles, ed.; *Citizenship, Identity and Social History*, International Review on Social History, supplement, num. 3, 1995, p. 8.
- ²⁴ Escalante F. Ciudadanos imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana. Tratado de moral pública. México: El Colegio de México, 1992.
- ²⁵ *Op. cit.*, p. 290.
- ²⁶ Paz O. *El laberinto de la soledad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 110.
- ²⁷ O'Donnell G. "Acerca del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales". *Desarrollo Económico*, vol. 33, no. 130, 1993, pp. 163-183.
- ²⁸ Si bien los pobres tienden a ser también legalmente pobres, no todo pobre legal es pobre. Los sectores medios, cuando confrontan una situación jurídicamente conflictiva, a menudo se encuentran desprovistos de criterios para enfrentarla con conocimiento y recursos personales, por lo que quedan entregados al consejo y los servicios de un abogado cuyo desempeño profesional ni siquiera pueden evaluar certeramente.

CUADRO 1
Confianza en el Poder Judicial en América Latina (%)

1995	1997	1998	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005
33	36	32	34	27	25	20	32	31

Pregunta: "¿Cuánta confianza tiene Ud. en el Poder Judicial". Respuestas sumadas "mucho" y "algo".
Fuente: *Latinobarómetro, 1996-2005*.